

債権者代位権の立法趣旨に関する研究（一）

大 足 知 広

第一章 初めに

- 1 債権者代位権の立法趣旨を研究する意義
 - 1.1 改正前423条に関する従来の通説
 - 1.2 債権者代位権の沿革を巡る従来の通説と先行研究との間の対立
 - 1.3 立法趣旨に関する研究の必要性
 - 1.4 債権法改正後の規律の解釈における重要性
- 2 本論文の研究対象
- 3 本論文の構成

第二章 1804年フランス民法典における代位訴権の立法趣旨

- 1 規定
- 2 先行研究
- 3 立法趣旨の検討
 - 3.1 共同質の原則
 - 3.1.1 フランス古法
 - 3.1.2 カンバセレス草案
 - 3.1.3 フランス民法典第2092条及び第2093条
 - 3.2 1804年フランス民法典第1166条の立法趣旨
 - 3.2.1 ビゴー＝プレアムヌーによる説明
 - 3.2.2 マルヴィルによる説明
 - 3.2.2.1 ローマ法大全の引用
 - 3.2.2.2 フランス古法における拡張
 - 3.3 小括 (以上、本号)

第三章 代位訴権の制度趣旨に関するフランスにおける「種々ノ議論」

- 1 制度趣旨に関する「種々ノ議論」
 - 1.1 代位訴権に広汎な機能を認める説（汎用主義）
 - 1.1.1 信義則説
 - 1.1.2 総合的制度説
 - 1.1.3 自己の債権の保存又は回収説
 - 1.2 代位訴権の機能を一つの用法に限定する立場（固有主義）
 - 1.2.1 強制執行説
 - 1.2.2 保存行為説

- 1.2.3 訴権限定説
- 1.2.4 執行の準備説
- 1.3 判例の立場 (自己の個別的利益保護説)
- 1.3.1 先例 (1873年の破毀院判例)
- 1.3.2 判例における代位訴権制度の趣旨
- 1.3.2.1 1873年判例自体の示す代位訴権の制度趣旨
- 1.3.2.2 その後の判例の発展
- 1.4 小括
- 2 当時のフランスにおける要件論
- 2.1 要件に関する「種々ノ議論」
- 2.2 事前の裁判上の代位の要否
- 2.3 現在の日本の通説が前提とする二つの要件
- 2.3.1 金銭債権要件について
- 2.3.2 債務者の無資力について
- 2.3.2.1 先行研究の評価
- 2.3.2.2 破毀院判例の検討
- 2.3.3 小括

(以上、175号)

第四章 「旧民法」における代位訴権の立法趣旨

- 1 ボワソナードにおける代位訴権についての元々の理解
- 1.1 強制執行説の援用
- 1.2 債務者の債権に対する執行方法
- 1.3 小括
- 2 旧民法においてボワソナードが採用した代位訴権制度
- 2.1 強制執行説の採用
- 2.2 適切な執行方法
- 2.3 裁判外の行使の否定
- 2.4 小括
- 2.5 旧民法財産取得編236条2項
- 2.6 被保全債権の種類と債務者の資力について
- 2.6.1 被保全債権の種類について
- 2.6.2 債務者の無資力について
- 2.7 小括
- 3 旧民法に対する日本の学説の反応
- 3.1 強制執行説
- 3.2 保存行為説
- 3.3 梅謙次郎の見解
- 3.4 小括

(以上、176号)

第五章 明治新民法423条の立法趣旨

- 1 これまでの検証結果の確認
 - 2 法典調査会における議論
 - 3 起草委員・起草補助委員による解説
 - 3.1 汎用主義
 - 3.1.1 『帝国民法正解』における解説
 - 3.1.2 梅謙次郎起草委員の見解
 - 3.2 被保全債権の種類
 - 3.3 債権保全の必要性の判断基準
 - 3.4 小括
 - 4 「種々ノ議論」との関係性
 - 5 起草委員の説明に対する現在の通説の誤解
 - 6 明治新民法423条に対する当時のフランスにおける評価
- 第六章 結び (以上、177号・完)

第一章 初めに

1 債権者代位権制度の立法趣旨を研究する意義

本論文は、直接には明治新民法423条の立法趣旨を検討するものである。しかしながら、同条の立法趣旨を明らかにすることは、債権法改正後の債権者代位権に関する規定（改正後423条から改正後423条の7）の解釈論との関係でも、重要な意義を有している。それは、下記1.4で示すように、これらの規定が改正前423条の制度趣旨に関する通説の主張を基礎に置いて解釈されているからである。

そこで、まずは改正前423条の制度趣旨に関する通説の主張がいかなるものであったかを確認する。

1.1 改正前423条に関する従来通説

改正前423条について、従来通説は、その制度趣旨を専ら①「債務者の責任財産の保全」のためのものであると限定した上で、債権者代位権制度の

本来の用法というためには、②債権者の債権が無担保の金銭債権でなければならず、また、③債務者が無資力でなければならない、と主張してきた。

他方で、改正前の規律に関する判例においては、明治43年の大審院判決（大判明治43年7月6日民録16輯546頁）が、同条は単に「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」と規定しているに過ぎないのであるから、その趣旨は上記の用法に限られない、という立場を明らかにして以来、上記と異なる用法についても債権者代位権の行使を認めてきた。

判例のこのような解釈について、通説は、判例が債権者代位権制度を「転用」していると理解してきた。その意味において、現在の通説は、債権者代位権の本来の用法を判例よりも狭い機能に限定してきたということになる。

それでは、現在の通説が債権者代位権の「本来の用法」をそのように主張する根拠は、いかなるものなのであろうか。通説が根拠として挙げてきたのは、債権者代位権制度の「沿革」が上記①から③を充たすものであった、という主張である。

1.2 債権者代位権の沿革を巡る従来の通説と先行研究との間の対立

しかしながら、このような現在の通説の主張に対しては、債権者代位権の沿革自体を対象とした先行研究において、否定的な見解が提示されていた。

明治時代には、明治新民法典の起草者の一人である梅謙次郎が、債権者代位権制度の沿革が債務者の財産に対する強制執行制度であったことを伝えていた。⁽¹⁾ 20世紀になってからも、松坂佐一と工藤祐巖により、債権者代位権の沿革についての詳細な分析が行われている。いずれの研究においても、債権者代位権の沿革とされた制度は、債務者の財産に対する強制執行であった。⁽²⁾ 債権者代位権の沿革自体を対象としたこうした研究においては、債権者代位権が元々「強制執行制度として発展したことについては、異論がない」⁽³⁾と指摘されており、代位訴権の沿革とされる制度が現在の通説の主張するような制度とは異質なものであったことが、共通の認識とされていたのである。⁽⁴⁾

このように、改正前423条に関して通説が主張してきた「本来型」、「転用

型」という類型化の正当性には疑念の余地がある。

1.3 立法趣旨に関する研究の必要性

それでは、仮に債権者代位権の「沿革」が現在の通説の主張するようなものではなかった場合、同条の「本来の用法」とはどのようなものであったのか。この点を検討するためには、同条がいかなる趣旨に基づいて立法されたのかという点を明らかにしなければならない。しかしながら、この点に関する研究は、債権者代位権の「沿革」に関する研究と比較すると議論の片隅に置かれていたように感じられる。先行研究⁽⁵⁾においては、明治新民法423条の立法趣旨の全体像や、「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」の具体的な意義及びその要件充足性の判断基準といった点は、解明されていなかった。

しかしながら、従来の通説のように、同条の「本来の用法」と「転用」とを別個の類型として解釈論を展開するのであれば、同条の立法趣旨に関する研究は、その「沿革」の研究に劣らず重要である。また、前掲したように明治43年の大審院判例⁽⁶⁾が通説とは異なる判断を示した際、その判断の根拠として挙げていたのは同条の文言解釈であった。したがって、その後現在に至るまで蓄積されてきた判例を分析するに当たっても、同条が元々いかなる趣旨に基づいて立法されたのかという点を明らかにすることが必要である。

1.4 債権法改正後の規律の解釈における重要性

更に、明治新民法423条の立法趣旨に関する研究は、債権法改正後の規律における解釈論との関係でも重要である。それは、以下のような事情に基づく。

債権法改正の結果、債権者代位権は改正後423条から423条の7までの規定によって規律されることとなった。もっとも、その解釈においては、改正前423条に関する通説の主張していた要件論が維持されるとするのが、現時点における一般的な理解である。

すなわち、改正後423条1項は、従来の本来型に相当する場合を規律した

ものであるから、被保全債権が金銭債権の場合の規定であって、かつ、同項の「自己の債権を保全するため必要があるとき」とは、債務者が無資力である場合をいうとされている。他方、従来の転用型に相当する用法は、改正後423条の7及び同条の準用する423条の4から423条の6によって規律され、債務者の無資力は要件とならないと解釈されている。

このように、従来の通説が「本来型」、「転用型」という類型化を前提として展開してきた要件論は、改正後の債権者代位権の解釈においても実質的に引き継がれている。したがって、明治新民法423条の立法趣旨を研究することにより、従来の通説による類型化が正当であるか否かを検証することは、改正後の債権者代位権に関する解釈論と密接に関連しているということになる。

2 本論文の研究対象

それでは、明治新民法423条の立法趣旨を明らかにするためには、いかなる事項を研究対象とする必要があるのであろうか。

これについては、法典調査会における穂積陳重起草委員の発言に、その答えが残されていた。以下、これについて確認しよう。

同条の原案である⁽⁷⁾418条は、明治28年1月22日に行われた第58回法典調査会⁽⁸⁾において審議されている。

なお、原案418条は、「自己ノ債権ヲ保護スル為メ」と起草されているのに対し、実際に成立した明治新民法423条は、「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」という文言を採用している。これは、第9回民法整理会において、「護」という字を用いることが問題であるという意見が提出されたために行われたものであるが、この変更は、その意味する内容を変更したのではなく、単なる字句の修正であつた。⁽⁹⁾したがって、⁽¹⁰⁾「自己ノ債権ヲ保護スル為メ」という文言は、「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」という文言と同一の内容を表現している。

さて、穂積委員は、同条の制度趣旨について、次のように説明している。

「既成法典ニ於キマシテハ『債権者ハ其債務者ニ属スル權利ヲ申立て及ヒ其訴権ヲ行フコトヲ得』と餘程廣ク書イテアリマスノデ……如何ナル場合ニ於テモ二項ノ方法ニ依リサヘスレバ出來サウニ思ハレルノデアリマス是レガ書方ノ缺點デ御座イマシテ其缺點ハ既成法典ニ初マツタノデアリマセヌ此手本ニナリマシタ法典ニモ書イテアリマスノデ夫レガ為メニ種々ノ疑種々ノ議論ガ生ジタモノデアリマス夫故ニ如何ナル場合ニ於テドウ云フ目的ヲ以テ債務者ニ属スル權利ヲ行フコトガ出來ルカト云フコトヲ示スノガ固ヨリ必要デアリマス夫故ニ『自己ノ債権ヲ保護スル為メ』ト云フ言葉ヲ入レマシテ其必要ノナイ場合其保護ニ關係ノナイ權利ハ之ヲ行フコトガ出來ナイト云フコトヲ指示シタノデ御座イマス」⁽¹¹⁾（引用文中の傍線・傍点は、本論文の筆者による。以下、同様とする。）

穂積委員のこの発言から、起草者は、「既成法典」（＝旧民法）に代位行使の目的——すなわち債権者代位権の制度趣旨——が規定されていないことを問題視していたということが分かる。しかもそれは、その手本となった法典、すなわちフランス民法典も同様の状況になっていること、そしてその結果、フランスにおいて、代位行使の目的（「ドウ云フ目的ヲ以テ」）や代位行使の要件（如何ナル場合ニ於テ）について、種々の疑いと種々の議論が生じてしまっていたことを、起草委員は認識しているのである。

こうした認識の下、起草者は、これらの「種々ノ議論」が日本において生じることのないように、「自己ノ債権ヲ保護スル為メ」という明文をもって債権者代位権の制度趣旨を示し、自己の債権の保護と関係のない場合や、保護の必要のない場合には、債権者代位権が行使できないことを規定したのである。

以上のことから、改正前423条の立法趣旨を確認するためには、次のような準備が必要であるといえよう。すなわち、まず、起草委員が認識していたフランスにおける「種々ノ疑種々ノ議論」とはいかなるものであったのかを確認する。そのうえで、日本の旧民法は、代位訴権をいかなる性質のものと

して規定したのかを確認する。それらを踏まえて、明治新民法の起草者が、どのような制度として債権者代位権を規定することを定めたのかを明らかにしていく。より詳しい構成は、次の通りである。

3 本論文の構成

第一に、旧民法の「手本」とされた1804年フランス民法典第1166条の立法趣旨について確認し(第二章)た上で、その後、当時のフランスにおいて生じた制度趣旨や要件に関する「種々ノ議論」とはいかなるものであったのか、という点を検討していく(第三章)。第二章においては、フランス民法典の起草者の説明のみならず、起草者が引用するローマ法の制度や、それがフランス古法において拡張されていった過程をも確認する。第三章においては、19世紀における学説や判例を整理し、フランスにおける「種々ノ議論」の内容がいかなるものであったのかという点を明らかにする。

第二に、そのような状況の中、日本の旧民法は代位訴権をいかなる制度として規定したのか、という点を検証する(第四章)。その際には、まず、ボワソナードが旧民法の起草を開始する以前にフランス民法の代位訴権をどのような制度として理解していたかを確認した上で、ボワソナードや法律取調委員会が旧民法の代位訴権をいかなる制度として起草したのかを明らかにする。その後、旧民法の代位訴権について、当時の学説がどのような反応を示していたかを検討する。そこでは、旧民法における代位訴権の用法についての梅謙次郎の見解も紹介する。

最後に、以上のような状況を踏まえて、明治新民法が、債権者代位権をいかなる制度として規定したのか、という点を検証する(第五章)。その際には、法典調査会における説明に加え、起草委員による教科書や、起草委員と起草補助委員の手による解説書など、各文献における説明をも踏まえて、債権者代位権がいかなる趣旨の制度として規定されたかという点を明らかにする。

本論文の構成は、以上の通りである。

第二章 1804年フランス民法典における代位訴権の立法趣旨

1 規定

明治新民法423条の規定は、旧民法財産編339条を経由して、1804年フランス民法典第1166条にその起源を有する。⁽¹²⁾ 1804年フランス民法典第1166条は、同法典の第三章第三節第六款「合意の第三者に対する効力」の中に規定された。⁽¹³⁾ この款は、第1165から第1167条までの三箇条から構成されていた。

まず、第1165条は、「合意は、当事者の間においてのみ、効力を有する。すなわち、合意は、何ら第三者を害することはなく、また、⁽¹⁴⁾ 第1121条に定める場合を除き、第三者を利することもない。」と規定して、合意の相対的効力を定めている。それに続いて、第1166条は、⁽¹⁵⁾ 「前条の規定にかかわらず、債権者は、債務者の有する一切の権利及び訴権を行使することができる。ただし、債務者の人格に専属するものは、この限りでない。」と規定し、債権者が債務者の一切の権利及び訴権を行使する権利を認めていた。以下、本論文においては、同条の規定する権利を「代位訴権」と呼ぶ。⁽¹⁶⁾

まずは、この第1166条がいかなる趣旨で規定されたのかという点について、確認していこう。

2 先行研究

先述した通り、代位訴権の沿革そのものを対象とする我が国の先行研究においては、この権利の沿革が債務者の財産に対する強制執行制度そのものであったことには異論がないとされている。

また、フランスにおいては、19世紀の註釈学派の時代においてフランス民法典の起草者の見解についての分析が盛んに行われたこともあり、フランス民法典の成立後まもなくして、1804年フランス民法典第1166条の立法趣旨が⁽¹⁷⁾ 明らかにされている。そこでは、やはり、代位訴権の沿革が債務者の権利及

び訴権に対する執行行為そのものであったとされている⁽¹⁸⁾。

すなわち、そこでの分析によれば、同条は、共同質(=《gage commun》)の原則を定める同法第2092条及び第2093条の原則を、債務者の権利及び訴権について繰り返したものに過ぎない⁽¹⁹⁾。債務者の一切の財産は、債権者の共同の質であるところ、債務者の権利及び訴権も債務者の無体財産である以上、債権者は、これらの権利及び訴権について、有体財産と同じように共同質権を実行することができる⁽²⁰⁾。したがって、1806年フランス旧民事訴訟法典に規定された《saisie-arrêt》(以下、「第三者占有物に対する強制執行」⁽²¹⁾)という——これは、債権者が第三者の手中にある債務者の金銭その他の有体動産を差し押さえて債権の弁済に充てるという強制執行手続である——は、代位訴権の特別規定であるということになる⁽²²⁾。1804年フランス民法典第1166条固有の用法としては、例えば、不動産を買戻権付で売り渡した者の債権者は、売買契約の取消訴訟⁽²³⁾を提起し、その不動産をより高い価格で売却して弁済に充てることができる⁽²⁴⁾。

このように、代位訴権は、債務者の権利及び訴権そのものに対して有体財産と同様に共同質権を実行する権利として規定されたとされる。

3 立法趣旨の検討

上記のように、先行研究においては、1804年フランス民法典第1166条の規定は、債務者の無体財産に対する強制執行そのものとして規定されたと理解されており、現在の通説が債権者代位権の沿革として主張しているようなものとは異質なものであるとして理解されていた。

そこで、同条がいかなる制度として規定されたのかという点を、改めて検証する。

3.1 共同質の原則

既に確認したように、先行研究においては、第1166条は共同質の原則を繰り返したものに過ぎないとされている。そこで、まず、この共同質の原則が

どのようにしてフランス民法典に取り込まれたのかという点について確認しよう。

3.1.1 フランス古法

フランス民法典第2092条及び第2093条の直接の起源がフランス古法に求められることに異論はない。⁽²⁷⁾そこでは、「自らに拘束をかける者は、自らの物に拘束をかける」(=《Qui s'oblige oblige le sien》)という格言で表される原則⁽²⁸⁾が存在していた。この格言は、債務者の財産が債権者の債権の引当てとされることを意味するものである。その萌芽は、「財産一般の拘束」⁽²⁹⁾(=《obligation générale》)という概念に求められる。

「財産一般の拘束」とは、「財産の拘束」⁽³⁰⁾(=《obligation des biens》)という法技術の内の一つである。これは、債務者の財産を債権者の債権の引当てとすることを目的とした⁽³¹⁾予めの合意であった。フランス諸地域における慣行の合成物として生成され、13世紀よりフランス古法において発展していったとされる。⁽³²⁾

「財産の拘束」の合意は、多くの場合、裁判所を通して、債務者の財産を差し押さえて売却し、そこから弁済を受けることを債権者に認めており、⁽³³⁾やがてローマ法の抵当の概念と融合することとなる。⁽³⁴⁾

さて、この合意には、特定の財産を対象とする《obligation spéciale》(=「特定の財産の拘束」)というものと、債務者の財産一般を対象とする《obligation générale》(=「財産一般の拘束」)というものがあつた。そして、この「財産一般の拘束」における客体には、債務者が第三者に対して有する訴権⁽³⁵⁾もまた含まれていた。

そして、この「財産一般に対する拘束」は、中世以来、公証人衆が受理する⁽³⁶⁾全ての契約において慣用的に用いられており、ついには、公正証書であれ、裁判所で承認された私的証書であれ、そこに何ら財産の拘束についての記載がなされていなくても「一般的抵当権」⁽³⁷⁾(=《hypothèque générale》)が設定されているものとみなされるようになったという。⁽³⁸⁾

このようにして、フランス古法においては、債務者の財産を差し押さえて

そこから弁済を受ける権利が債権者に認められるようになった。

3.1.2 カンバセレス草案

上記のように、フランス古法においては、債務者の財産に対する強制執行の権利が債権者に認められるようになっていた。

それでは、このような制度が、どのようにフランス民法典第2092条及び第2093条に取り込まれていったのかを確認しよう。

まず、三次にわたり作成されたいわゆるカンバセレス (Cambacérès) 草案においては、「自らに拘束をかける者は、自らの物に拘束をかける」という原則は、債権者の権利として構成された。

カンバセレス第一草案においては、その第三編「契約」の第一章が債務法として規定されており、その中に、「債権者の権利」と題する款が存在して⁽³⁹⁾いた。そして、この款に属するカンバセレス第一草案＝契約編＝債務法＝第3条は、債権の実質とは合意された内容に従い弁済を受けることであると規定し、第4条が、債務の履行の強制は裁判上の請求によらなければならない旨を宣言していた。⁽⁴⁰⁾そして、第5条は、裁判上の請求によってどのように履行が強制されるかについて規定しており、担保を有しない債権者については、債務者の財産全体を差し押さえて、それらを売却するという方法によって履行を強制することが示されている。このように、カンバセレス第一草案においては、債権者の権利として債務者の財産に対する執行権限が規定されていた。

カンバセレス第二草案になると、上記の規律はやはり「債権者の権利」という表題の章に規定された第278条の1箇条に簡潔にまとめられ、また、純粋な民事上の債務については、身体上の強制を行うことは許されない旨が、⁽⁴¹⁾第279条で規律された。

そして、カンバセレス第三草案においても、上記の規律は、やはり「債権者の権利」という表題の章に規定された第1086条に受け継がれている。⁽⁴²⁾その内容も第二草案とほとんど変わっていないが、第二草案までの文言が財産全体に対する包括差押えを前提とするものであったのに対し、第三草案ではこ

のような文言が取り除かれた⁽⁴³⁾。また、民事上の債務について身体上の強制を行うことを禁止する規律も、第二草案と同じく、次条である第1087条に規定されている⁽⁴⁴⁾。

以上のように、フランス古法における「自らに拘束をかける者は、自らの物に拘束をかける」という原則は、カンバセレス草案においては、端的に債権者の権利として規定されていた。

3.1.3 フランス民法典第2092条及び第2093条

上記のようなカンバセレス草案の構成に対し、1804年フランス民法典の起草者は、フランス古法の伝統に立ち戻り、「自らに拘束をかける者は、自らの物に拘束をかける」という原則を債務者の財産一般に対する当然の質権として規定した。

とはいえ、起草者の一人であるビゴー＝プレアムヌー（Bigo de Préameneu）による説明を見る限り、共同質の原則の実質が、フランス古法やカンバセレス草案における強制執行の用法から、他の何かへと変更されたという様子は一切窺えない⁽⁴⁵⁾。共同質の原則は依然として債務者の財産に対する債権者の強制執行権限を規定しており、ビゴー＝プレアムヌーは、債権者の共同質となる「一切の財産」には、有体財産のみならず、種々の無体財産までもが含まれることを明言している⁽⁴⁶⁾。

3.2 1804年フランス民法典第1166条の立法趣旨

3.2.1 ビゴー＝プレアムヌーによる説明

共同質の原則の成立過程については上記で確認した。それでは、フランス民法典が、わざわざ、第2092条及び第2093条とは別に第1166条を規定した理由は何か。これは、同条の冒頭に《Néanmoins》＝「前条の規定にかかわらず」という語が置かれていることと関係している。

起草者ビゴー＝プレアムヌーによる立法理由の説明においては、合意の第三者に対する効力に関する3箇条がまとめて取り扱われている。そこでは、第1167条の原案について、次のような説明がなされている。

「契約は第三者を害することができないのであるから、債権者は、自己の権利に対する不正な侵害としてなされた行為を攻撃する権利を有する。⁽⁴⁷⁾」

すなわち、起草者は、債務者と第三債務者等との間の合意の側からみたとき、債権者が「第三者」に該当するという前提で、この3箇条を規定していたのである。

そして、代位訴権を規定する1166条の原案については、次のように説明している。

「各人は自己のためにのみ契約を締結することができるに過ぎないのであるから、債権債務の関係は、当事者及びその代理人の間においてしか効力を有し得ない……。

しかしながら、債務を負うことを約した者は、その全ての財産を質に入れている。〔これについて前条の規律を排除しなければ、〕債務者が債権者の利益に反して自己の権利の行使を怠ったとき、この質は画餅に帰してしまうであろう。したがって、直接に訴訟を提起することを債権者に認めなければならない。かかる地位を創出しているのは、⁽⁴⁸⁾債権者の利益と、不正な侵害の危険である。」

すなわち、ビゴー＝プレミアムヌーは、同法1165条の合意の相対的効力の原則を貫徹した場合、債務者と第三債務者等との間の合意について「第三者」である債権者が、当該合意に基づく権利について共同質権を実行することができなくなってしまうと考え、第1165条の例外として第1166条を規定したのである。⁽⁴⁹⁾

そして、このような起草者の見解に対し、学説においては、債務者の一切の財産を質としている以上、債権者は、債務者の「承継人」なのであり、債務者と第三債務者との合意にとって「第三者」ではないという理由から、「前項の規定にかかわらず」という文言は起草者の誤解に基づくものであると理解するのが一般的であった。⁽⁵⁰⁾1804年フランス民法典第1166条に相当する規定がカンパセレス草案には存在していないのも、このような事情によるも

⁽⁵¹⁾
のであったのかも知れない。

3.2.2 マルヴィルによる説明

3.2.2.1 ローマ法大全の引用

また、ビゴー＝プレアムヌーと同じく1804年フランス民法典の起草者であったマルヴィル（Maleville）は、フランス民法典についての解説書を著している。そこで、同書における代位訴権についての解説も確認していこう。⁽⁵²⁾

第1166条に関する同書の記述は、極めて簡潔である。まず同条の条文を引用したうえで、『ローマ法大全』から、二つの法文番号を引用する。これらについて、マルヴィルは、何らのコメントも記していない。続けて、「債務者の人格に専属するもの」を第1166条の客体から除外しなければならないことについて、ル＝ブラン（Le Brun）の著作の記述を極めて簡潔に引用している。⁽⁵³⁾ 同書における第1166条の解説は、これで終わりである。

したがって、マルヴィルが代位訴権をいかなるものとして認識していたかを理解するためには、同書が参照させているローマ法大全の二つの法文の内容を確認する必要がある。そこで、以下、これらの法文を確認していこう。

マルヴィルが参照させている法文は、ローマ法大全＝勅法彙纂＝第4巻第15章第2法文（《L. 2, Cod. quandò, fisc. vel. Priv.》）、及び、ローマ法大全＝学説彙纂＝第42巻第1章第15法文（《L. 15, ff. de re jud.》）である。⁽⁵⁴⁾ そこで、それぞれの内容を確認してみよう。⁽⁵⁵⁾

まず、ローマ法大全＝学説彙纂＝第42巻第1章第15法文の内容から確認していこう。この法文は、15箇の節で構成され、判決の執行手続を規定したものである。⁽⁵⁶⁾

その内容のうち、代位訴権の沿革との関係で重要と思われるものをいくつか挙げれば、判決はそれを言い渡した裁判官または指定を受けた属州総督によって執行されること、⁽⁵⁷⁾ 執行は動産、不動産、債権の順に行わなければならない、例えばまだ動産があるのに不動産を執行することは許されないこと、⁽⁵⁸⁾ 債権に対する執行の場合にも有体動産の執行のように競売の方法による

べきか、あるいは第三債務者に対して訴訟を提起しその債権の給付を求めるべきかについては、判決の執行として最適な方法を判断して行う必要があると⁽⁵⁹⁾とされていたこと、などが挙げられる。

次に、ローマ法大全＝勅法彙纂＝第4巻第15章第2法文は、債務者に有責判決が下された場合に、敗訴者が何らの有体財産も有していないのであれば、敗訴者の債務者（すなわち、第三債務者）は、自身に対して訴えが提起されることにより、⁽⁶⁰⁾属州総督によって、弁済を強制されることになるとする規定である。

このように、マルヴィルが代位訴権の説明に代えて引用していた法文は、いずれも、ローマ法における裁判の執行に関するものであった。より具体的には、五賢帝時代のアントーニーヌス・ピウス（Antoninus-Pius）帝の治世下でまず有体財産について認められ、後の時代に債権についても認められるようになったとされる、判決による差押質（*pignus ex iudicati causa captum*）⁽⁶¹⁾と呼ばれる執行手続に関する規定である。したがって、マルヴィルの見解との関係においても、代位訴権が共同質の原則、すなわち債務者の財産に対する強制執行制度そのものとして起草されたという分析は、正当なものであるということになる。

3.2.2.2 フランス古法における拡張

とはいえ、マルヴィルの引用する「判決による差押質」の法文は、たしかに債権執行を認めてはいるものの、第1166条における「一切の」権利及び訴権という文言との関係では、未だ限定的な代位訴権しか認めていなかったということになる。

債務者の「一切の」無体財産に対する執行方法が確立するのは、フランス古法においてであり、その意味においては、代位訴権の直接の起源は、フランス古法に⁽⁶²⁾求められる。

フランス古法において最初に上記ローマ法の法文を超えて代位訴権の行使を認めたのは、ノルマンディー公領における慣習法であったと⁽⁶³⁾とされる。

すなわち、ノルマンディー新慣習法第278条は、債務者が相続を放棄した

とき、または相続を承認しようとしな⁽⁶⁴⁾いときは、債権者は、債務者の相続順位と権利について代位を得て、当該相続を承認し、債権者間の優劣に従い自己の債権額の限度でその相続から弁済を受けることができる旨を規定してい⁽⁶⁵⁾た。同条の定める相続承認の効果は債務者には及ばないとされていたように、この制度は債務者の責任財産を保全するための制度ではなく、専ら債権者の債権を回収するという機能を担わされた制度であった。

このように債務者の相続に関する場面で開花したフランス古法における代位訴権は、実務の要請と合致し、他の地域でも認められるようになり、18世紀には、債務者の人格に専属するものを除いた権利及び訴権について一般に認められるようになっていた。⁽⁶⁶⁾

工藤は、フランス古法における代位訴権の法的性質について、その具体的内容は必ずしも明らかではないものの、概略すれば、債権者が債務者に対して有責判決を取得していることを要件とする強制執行手続であったようである、とまとめている。⁽⁶⁷⁾ 実際、これらの制度を債務者の無体財産に対する執行手続と見ることは、ビゴー＝プレアムヌーが、有体財産のみならず、債務者の行動や、事業や、相続順位により債務者が期待されているものでさえも共同質を構成していると説明していたことと整合的である。⁽⁶⁸⁾

かくして、フランス古法においては債務者の無体財産一般に対する共同質権の実行手段が認められるに至ったのである。

3.3 小括

以上で検討した通り、1804年フランス民法典第1166条は、債務者の無体財産に対する強制執行そのものとして規定されたのであり、⁽⁶⁹⁾代位訴権の沿革は、現在の通説が主張するような「責任財産の保全」のための制度とは異なるものであった。

このように当初は強制執行として規定された代位訴権は、穂積委員が説明するように、その後フランスにおいて「種々ノ疑種々ノ議論」を生じさせることとなる。

次章では、明治新民法の起草者が問題視していた、フランスにおける「種々ノ議論」の内容を明らかにしていく。

(次号に続く)

- (1) 梅謙次郎講述『民法原理(債権総則)』(信山社、復刻版、1992年(原版:明治35年完結))352頁、梅謙次郎講述『民法債権(第一章)完』(信山社、復刻版、1996年(法政大学明治39年度講義録))249頁、梅謙次郎講述『民法講義』(信山社、復刻版、1993年(原版大正13年))365頁。この外、強制執行における競売について、債権者が債務者を法律上代理して目的物を売却しているという解釈を示しているものとして、梅謙次郎『日本売買法全』(新青出版、復刻版、2001年)188頁。
- (2) 松坂佐一『債権者代位権の研究』(有斐閣、1950年)8頁-16頁、工藤祐巖「フランスにおける債権者代位権の機能と構造(一)」民商95巻5号(1987年)40頁-47頁。
- (3) 永田菊四郎『新民法要義 第三巻・上 債権総論』(帝国判例法規、第4版、1986年)136頁。
- (4) 松坂・前掲注(2)・14頁-15頁、工藤・前掲注(2)・43頁、船田享二『ローマ法 第三巻』(岩波書店、改版、1970年)489頁。
- (5) 日本の債権者代位権制度の立法趣旨に関する先行研究としては、教科書に相当するものも含め、次のようなものがある。天野弘「債権者代位権における無資力理論の再検討(上)」判タ280号(1972年)33頁、浦川道太郎「債権者代位権制度に関する一考察——債務者の無資力要件との関連において——」森泉章編集代表『現代民法学の基本問題 中』(第一法規、1983年)6頁-7頁、平井宜雄『債権総論』(弘文堂、1985年)194頁、平井一雄「債権者代位権」星野英一編集代表『民法講座 第4巻 債権総論』(有斐閣、1985年)110頁-111頁、工藤祐巖「フランス法における債権者代位権の機能と構造(三・完)」民商96巻2号(1987年)70頁-74頁、池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』(信山社、1995年)54-57頁、淡路剛久『債権総論』(有斐閣、2002年)236頁-237頁、佐藤岩昭「債権者代位権に関する基礎的考察」『包括担保法の諸問題』(有斐閣、2017年、初出2007年)74頁-77頁、池田真朗「債権者代位権擁護論——債権法改正における立法論のあり方と『学説の作った虚像』——」慶應義塾大学法学研究84巻12号(2011年)53頁-63頁。
- (6) 大判明治43年7月6日民録16輯546頁。
- (7) 原案418条：

「債権者ハ自己ノ債権ヲ保護スル為メ其債務者ニ属スル権利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ専属スル権利ハ此限ニ在ラス

債権者ハ其債権ノ期限カ到来セサル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ前項ノ権利ヲ行フコトヲ得ス但保存行為ハ此限ニ在ラス」

- (8) 日本近代立法資料叢書3『法典調査会 民法議事速記録 三』（商事法務研究会、1984年）100-101頁。
- (9) 日本近代立法資料叢書14『法典調査会民法整理会議事速記録』（商事法務、1988年）243頁。
- (10) 第1回民法整理会において、民法整理会での議論は、基本的に誤字・脱字・矛盾規定の修正に限るものとし、内容の修正は（特別に議長の許可を受けたのでなければ）議題とすることができないという取決めがなされた（民法整理会議事速記録・前掲注（9）・1頁-5頁）。しかしながら、これについては、その後家族法の規定を議論する頃までには、法案の内容に関する実質の変更も行われるようになっていたという指摘がある（民法成立過程研究会「明治民法の制定と穂積文書——『法典調査会穂積陳重博士関係文書』の解説・目録および資料——」福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』（信山社、1989年（（初出1967年）））32-35頁）。そこで、債権者代位権に関する修正が形式的な修正であったのか実質的な変更であったのかを確認すると、梅委員の返答は、「自己ノ債権ヲ保護スル為メ」という元々の目的の内容を変更しないことが前提となっているし、その後の箕作委員の提案も「『保護』ノ『護』ノ字ハ」というものであって、一連のやり取りは、その内容を変更することなく「護」という字句を変更することに向けられている（前掲民法整理会議事速記録・243頁）。したがって、この修正は当初の取決めの通り、形式的な修正であり、この字句の修正の前後でその内容は何ら変更されていないということになる。
- (11) 〔穂積陳重発言〕・法典調査会民法議事速記録・前掲注（8）・100頁-101頁。
- (12) 〔穂積陳重発言〕・法典調査会民法議事速記録・前掲注（8）・100頁-101頁。
- (13) なお、第1167条は、詐害行為取消権に相当する権利を規定している（1804年フランス民法典1167条：「債権者はまた、自己の名において、債務者が債権者の権利を不正に侵害して行った行為を攻撃することができる。ただし、『相続』及び『婚姻の契約』の章に規定された権利については、その章で規定されている規律に適合するようにしなければならない。』）。以下、フ

ランス語の文献や法文の翻訳に際しては、一般的な仏和辞典・羅和辞典のほか、とりわけ山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）、中村紘一・新倉修・今関源成監訳『フランス法律用語辞典 第3版』（三省堂、2012年）、柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（日本評論社、1985年）を適宜参照した。

- (14) 1804年フランス民法典第1121条は、第三者のためにする契約について規律していた。
- (15) 工藤・前掲注（2）・697頁も参照。
- (16) この権利の呼称としては、フランスにおいて、後に《action oblique》（＝「斜めの訴権」）という呼称が一般的となった。しかし、この呼称が普及した時代は、既に、フランス民法典の起草者の説明（「債権者が提起するのは、自己の直接の訴訟である。すなわち、債権者は、債務者の人格を代理するものではない。」：P. A. Fenêt, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t.13, 1856, Paris, p.239）とは異なる解釈論が多数主張されていた時代であった（この点については、工藤・前掲注（2）・59頁も参照）。そこで、後の学説との混同を避けるため、本論文においては、「代位訴権」という用語を用いることにする。
- (17) 1166条の立法趣旨をも踏まえた代位訴権の研究は、我が国においては長らくなされていなかったが、1987年に至り、工藤祐蔵によって、フランス民法典の起草者の見解をも踏まえた研究が行われた（工藤・前掲注（2）・29頁）。
- (18) J.-C. Persil, régime hypothécaire ou commentaire sur le XVIII titre du livre III du Code civil relatif aux privilèges et hypothèques, 4^e édition, t.1, Paris, 1833, p.1-p.3 ; Proudhon, Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation, t.4, Paris, 1836, n°2236, p.371 ; C. S. Zachariae, traduit par C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, t.2, Strasbourg, 1839, p.332-note-3. ; Paul Pont, Commentaire-Traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques mis en rapport avec la loi sur la Transcription, V. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, Paris, 1856, n°13, p.6 ; J.-E. Labbé, De l'exercice des droit d'un débiteur par son créancier, revue critique législation et de jurisprudence, 1856, p.209-p.219 ; J.-J. Delsol, Explication élémentaire du Code Napoléon mise en rapport avec le doctrine et la jurisprudence, 2^e édition, t.2, Paris, 1867, p.443 ; Albert

Prieur, De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier, Dijon, 1869, p.43-p.45 ; V. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, 7^e édition, t.4, Paris, 1873, n^o.492-n^o.493, p.420-p.423.

- (19) 1804年フランス民法典第2092条：「個人的に債務を負った者は、動産であれ不動産であれ、現在のものであれ将来のものであれ、その一切の財産をもって、その債務を果たさなければならない。」
- (20) 1804年フランス民法典第2093条：「債務者の財産は、債権者の共同の質である。したがって、その代価は、割合に応じて債権者達の間で分配される。ただし、これらの者の間に優先されるべき正当な原因があるときは、この限りでない。」

なお、同条の《gage commun》の訳語としては、共同の担保というものと、共同の質というものがある。いずれの訳語においても、現在の概念からすれば広義の担保ないし質を指すものである。本論文においては、ローマ法における《pignus》と同様、「質」という訳語を採用する。

- (21) Marcadé, t.4, supra. note, (18), n^o.492-n^o.493, p.421-423 ; Pont, supra. note, (18), n^o.13, p.6 ; Jules Tambour, Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français avec un appendice sur les effets de la saisie-arrêt dans le droit actuel, t.2, Paris, 1856, p.152 ; Prieur, supra. note, (18), p.41 ; Théophile Huc, Commentaire théorique & pratique du Code civil, t.7, Paris, 1894, p.250 ; Maurice Bellier, Commentaire de l'article 1166 du Code civil, Paris, 1901, p.32-p.35.
- (22) Persil, supra. note, (18), p.2 ; Marcadé, supra. note, (18), n^o.493, p.422 ; Proudhon, supra. note, (18), n^o.2236, p.371 ; Pont, supra. note, (18), n^o.13, p.6 ; J.-E. Labbé, supra. note, (18), p.214 ; Delsol, supra. note, (18), p.443.
- (23) この制度は、1806年フランス旧民事訴訟法典の第5編第7章において、「Saisies-arrêt すなわち差止め」（＝《Des Saisies-arrêts ou Oppositions》）という表題の下に規定された強制執行手続である（《saisie-arrêt》と《opposition》という語の関係については、Locré, Esprit du Code de procédure civil, t.2, Paris, 1816, p.449-p.450）。明治時代においては、その内容に照らして例えば「渡方差留」といった訳語が当てられることが多かったが、近年においては、辞書的に「停止差押」ないし「差押-停止」といった訳語が当てられるのが一般的な傾向となっていた。やがて、1975年にフランス新民事訴訟法

典が制定され、1991年に民事執行法規が改正されたことにより、この手続は他の制度へと再編された（この改正については、徳田和幸「フランス民事執行法の改正について」日仏法学19（1993年-1994年）66頁、山口俊夫編・前掲注（13）・533頁以下を参照）。

- (24) Proudhon, *supra. note*, (18), n°2236, p.371 ; Tambour, *supra. note*, (21), p.152.
- (25) フランスにおける買戻権の行使は、売買契約の取消しを求める訴えとされていた。なお、フランス法における無効と取消しの関係性は日本におけるものとは完全に異なっている（この点については、山口俊夫・前掲注（13）・58頁-60頁を参照）。本論文においては、いずれも取消しの訴えとして統一的に表記することにした。
- (26) Proudhon, *supra. note*, (18), n°2236, p.372 ; Marcadé, *supra. note*, (18), n°492, p.421.
- (27) Persil, *supra. note*, (18), p.1 ; K.-S. Zachariæ, traduit par G. Massé et CH. Vergé, *Le droit civil français*, t.3, p.408-note-1（原版は、Karl Sal. Zachariä v. Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Bd.2, Fünfte..... Auflage, Heidelberg, 1853, p.257.）；Marcadé, *supra. note*, (18), n°493, p.422 ; Prieur, *supra. note*, (18), p.31 ; Bellier, *supra. note*, (21), p.32-p.35 ; Louis Duley, *De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique*, Dijon, 1935, p.29 ; また、ユック（Huc）は、共同質という制度自体は、その起源を遠く遡ると、ローマの財産執行ないしゲルマン氏族集団における共同所有制度に到達するという（Huc, *supra. note*, (21), p.250-p.252）。
- (28) Persil, *supra. note*, (18), p.1 ; Zachariæ, *supra. note*, (27), p.408-note-1 ; Bellier, *supra. note*, (21), p.32-p.35, Duley, *supra. note*, (27), p.29 ; 松坂・前掲注（2）・16頁、塙浩訳「A. デュマ『フランス古法における債務法史』」（1995年訳了）塙浩訳著『フランス債務法史』（信山社、1998年）548頁以下。なお、デュマの文献について原典を入手することができなかったため、同文献の内容は、塙の訳による。
- (29) 《obligation des biens》、《obligation spéciale》、《obligation générale》に対する訳語としては、それぞれ「財産拘束」、「特定の財産拘束」、「一般的財産拘束」というものが一般的であった。本論文においては、この翻訳を踏まえ、それぞれ、「財産の拘束」、「特定の財産の拘束」、「財産一般の拘束」、という訳語を当てることにする。

- (30) 我が国で出版された文献において、この意味における《obligation》について比較的詳細な言及があるものとしては、塙訳・前掲注（28）・510頁以下、同「Fr. オリヴィエーマルタン『パリ地方慣習史——債務法の部——』」（1995年訳了）同書757頁以下、杉浦林太郎「動産の追及遮断に関する歴史的考察——『動産は追及されることなし』の歴史的意味に関する議論を中心に——」明治大学法学研究論集41号（2014年）119頁以下がある。
- (31) J. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, Paris, 1908, p.566-p.567；塙訳・前掲注（28）・510頁、松坂・前掲注（2）・15-16頁。
- (32) 塙訳・前掲注（28）・511頁。なお、ユックによれば、上述のゲルマン法における制度が、フランス古法における「財産一般の拘束」の起源であるという（Huc, *supra. note*, (21), p.252）。
- (33) 塙訳・前掲注（28）・513頁-514頁。
- (34) 塙訳・前掲注（28）・525頁。
- (35) Huc, *supra. note*, (21), p.252；松坂・前掲注（2）・15頁。
- (36) 塙訳・前掲注（28）・547頁、松坂・前掲注（2）・16頁。
- (37) 財産一般の拘束とローマの抵当の概念とが融合したものであるが、その詳細については、塙訳・前掲注・（28）・540頁-576頁。
- (38) 塙訳・前掲注（28）・548頁。
- (39) P. A. Fenêt, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, 1856, Paris, p. 93-p. 94.
- (40) また、「契約」編のうち、「債務の効果」という表題を掲げた款の第6条においても、これを裏側から規定したものがみられる：Fenêt, t.1, *supra. note.*, (39), p. 65.
- (41) Fenêt, t.1, *supra. note*, (39), p.136-p.137.
- (42) Fenêt, t.1, *supra. note*, (39), P.322.
- (43) Fenêt, t.1, *supra. note*, (39), P.322.
- (44) Fenêt, t.1, *supra. note*, (39), P.322.
- (45) P. A. Fenêt, *Recueil complet des travaux préparatoires, du Code civil*, t.15, Paris, 1856, p.223-p.224.
- (46) Fenêt, t.15, *supra. note*, (45), Paris, 1856, p.223-p.224.
- (47) Fenêt, t.13, *supra. note*, (16), p.239.
- (48) Fenêt, t.13, *supra. note*, (16), p.238-239.
- (49) Fenêt, t.13, *supra. note*, (16), p.238.-p.239, ; Duranton, *Cours de droit civil*

- suivant le Code français, 4^e édition, t.6, Bruxelles, 1841, p.192 : Prieur, *supra*. note, (18), p.41-p.42 ; Bellier, *supra*. note, (21), p.34-p.35.
- (50) L. Larombière, *Théorie & pratique des obligations ou commentaire des Titre III, du Code Napoléon*, t. 3, Paris, 1857, n^o.1, p. 676-p.677 : Prieur, *supra*. note, (18), p.42 ; Marcadé, *supra*. note, (18), n^o.492, p.421 ; J.-B.-C. Picot, *Code Napoléon expliqué article par article d'après la doctrine et la jurisprudence* t.1, Paris, 1868, p.258 ; Prosper Rambaud, *Code civil par demandes et réponses*, 5^e édition, t.2, Paris, 1881, p.363 ; A. M. Demante et continue par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 2^e édition, t.5, Paris, 1883, p.114-p.115 ; Bellier, *supra*. note, (21), p.34-35. V. aussi : Laurens, *Principes et jurisprudence du Code civil*, t.4, Paris, 1840, p.89. これに加え、債務者の一切の財産は債権者の質なのであるから、債務者は債権者の代理人であり、債権者は「本人」であって、「第三者」ではない、とする説明もある (Larombière, *id.*, n^o.1, p. 676-p.677)。
- (51) すなわち、カンバセレス草案においても、19世紀の註釈学派と同様の発想の下、合意の相対的効力と債権者の強制執行の権利とは抵触しないと考えられていたために、第1166条に相当する規定を設けなかった可能性がある。
- (52) Jacques de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 3^e édition, t.3, 1922, Paris, p.41.
- (53) Maleville, *supra*. note, (52), p. 41.
- (54) Maleville, *supra*. note, (52), p.41.
- (55) 以下、勅法彙纂 = 第4巻第15章第2法文の規定については、P.-A. Tissot, *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien, de la seconde édition*, traduits en français, t.2, 1807, p.35のフランス語訳により、学説彙纂 = 第42巻第1章第15法文の規定については、Hulot et Bertherot, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, t.6, Paris, 1804, p.363 - p.367のフランス語訳により、法文を確認した。
- (56) Hulot et Bertherot, t.6, *supra*. note, (55), p.363-p.367.
- (57) D., 42, 1, 15, pr. : eo. l., §1.
- (58) D., 42, 1, 15, §2.
- (59) D., 42, 1, 15, §10.
- (60) C., 4, 15, 2.
- (61) 松坂・前掲注(2)・11頁-14頁、船田享二『ローマ法 第五巻』(岩波書店、改版、1972年) 331頁、原田慶吉『ローマ法』(有斐閣、第15版、1974年)

395頁、工藤・前掲注（2）・683頁。この手続以前には、債務者の財産について執行をするには債務者の全財産を差し押さえ（*missio in bona*）、それらを一括して競売する（*bonorum venditio*）という手段に依らざるを得なかった（松坂・前掲注（2）・8頁-11頁、原田慶吉・上記ローマ法・393頁-394頁・405頁-406頁、工藤・前掲注（2）・40頁）が、判決による差押質が認められたことにより、債務者の財産に対する個別執行が可能となった。

- (62) V. aussi Prieur, *supra. note*, (18), p.31 ; Toullier, *Le droit civil français*, t.6, Paris, 1814, p.446-p.448 ; 松坂・前掲注（2）・14-16頁。
- (63) Henry Basnage, *La coutum reformée du peïs et duché de Normandie*, seconde & nouvelle édition, t1, Rouen, 1694, p.442 ; Prieur, *supra. note*, (18), p.31.
- (64) Iosias Béravlt (Josias Bérault), *Covstvm renformée dv peïs et dvché de Normandie*, 5^e édition, Rouen, 1648, p.323 ; Basnage, *supra. note*, (63), p.442 ; Hüard, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie*, t.1, Rouen, 1780, p.389 ; id. t.4, Rouen, 1782, p.220-p.221 ; Prieur, *supra. note*, (18), p.31.
- (65) Domat, *Loi des civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, t.1, Paris, 1735, p.187 ; Prieur, *supra. note*, (18), p.33.
- (66) Domat, *supra. note*, (65), p.187-p.188 ; Denis Le Brun, *Traité des successions*, divisé en quatre livres, novell édition, Paris, 1775, p.251 ; Prieur, *supra. note*, (18), p.33-p.36.
- (67) 工藤・前掲注（2）・41頁。V. aussi, Béravlt, *supra. note*, (64), p.323.
- (68) Fenêt, t.15, *supra. note*, (45), p.224.
- (69) このような見解は、明治時代においては、日本に伝えられていた（例えば、箕作麟祥纂訳『佛国民法釈義 第参卷』（鳥屋、1882年）236-240頁、ボアソナード述・岩野新平ほか筆記『仏国民法契約編講義 第二回』（吉岡、1887年）88頁、梅謙次郎・債権第一章・前掲注（1）・249頁など）。